

## **COMISIÓN N° 9: SUCESIONES - “PARTICIÓN Y COLACIÓN”**

**Autor: Jorge A.M. Mazzinghi <sup>1</sup>**

**RESUMEN:**El derecho de los padres a realizar una partición de la herencia entre sus descendientes se impone y tiene preeminencia respecto de los supuestos de atribución preferencial configurados con anterioridad a la partición. Realizada la partición por el ascendiente, -por testamento o por donación-, los herederos no tienen derecho a contradecirla o cuestionarla invocando supuestos de atribución preferencial configurados con anterioridad a la formalización de la partición. Por el contrario, si las situaciones descriptas en la ley para habilitar el reclamo de una atribución preferencial en favor de alguno de los herederos surgen o adquieren firmeza o estabilidad luego de realizada la partición por el ascendiente en su testamento, el heredero beneficiado puede sí invocar la atribución preferencial en contra de la voluntad del ascendiente.

### **1. El mantenimiento de la partición por los ascendientes**

El derecho que tienen los padres de distribuir los bienes de la herencia entre sus hijos tiene antecedentes en el derecho romano, está regulado en el Código de Napoleón (<sup>2</sup>), en el Código Civil de Vélez Sarsfield, y en otros ordenamientos jurídicos.

La partición por los ascendientes es una institución con una larga tradición.

El art. 3514 del Código Civil establecía que “el padre y madre y los otros ascendientes, pueden hacer, por donación entre vivos o por testamento, la partición anticipada de sus propios bienes entre sus hijos y descendientes...”.

El Código Civil y Comercial que comenzó a regir en el mes de agosto de 2015 regula en el capítulo 7 del título VIII del Libro Quinto la partición por los ascendientes, previendo las dos alternativas, la partición mediante la donación de los bienes a los hijos, o la inclusión de la partición en el testamento.

El nuevo régimen, -sustancialmente semejante al del Código Civil, tomado, a su vez, del Código de Napoleón-, introduce algunas novedades y plantea ciertas dudas de interpretación y de conciliación con otras figuras del Código Civil y Comercial que procuraré analizar y despejar en el presente trabajo.

---

<sup>1</sup>Profesor Titular Ordinario de derecho de Familia y de Derecho de las Sucesiones, Universidad Católica Argentina

<sup>2</sup> El Código Civil Francés dedica el capítulo VII del título II del libro tercero a la partición realizada por los ascendientes. En España y en Italia la figura no tiene un tratamiento específico, aunque el art. 1056 del Código Civil español contempla la posibilidad de que “el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes” y establece que no podrá “perjudicar la legítima de los herederos forzosos”, y el art. 734 del Código Civil Italiano dispone: “Il testatore può dividere i suoi beni tra gli eredi comprendendone anche la parte non disponibile”.

## 2. La voluntad ilustrada de los padres como fundamento de la institución

El poder que la ley le reconoce a los padres para distribuir la herencia entre sus hijos, se funda en la presunción de que los padres tienen un mejor conocimiento de los bienes que conforman la herencia y de las personas de sus hijos, y un criterio más fino para definir su distribución y adjudicación entre sus herederos más directos.

En la nota al artículo 3514 del Código Civil, Vélez Sarsfield se refiere al poder de los padres “como medio de prevenir las diferencias a que podría dar lugar la partición, después de la muerte de ellos” y, un poco más adelante, la misma nota alude a la “voluntad ilustrada” de los padres.

El derecho de los padres a realizar la partición es particularmente amplio pues abarca todos los bienes, -incluso los que integran la porción legítima de los herederos forzosos- <sup>(3)</sup>, y puede ejercerse aunque los hijos sean mayores de edad.

Si la partición por el ascendiente se realiza a través de un testamento, se impone a la voluntad de los hijos, pues establece una distribución y una atribución de los bienes de la herencia que los descendientes no pueden contradecir.

La “voluntad ilustrada” de los padres sustituye a los deseos y a las preferencias que pudieran tener los hijos, y, aunque la partición efectuada por el ascendiente no puede afectar o violar cuantitativamente las porciones legítimas, sí puede definir las, o conformarlas, atribuyéndole a cada uno de sus hijos los bienes que, en concreto, el padre o la madre quieran dejarles.

El aprecio y la valoración de la voluntad y el criterio de los padres se encuentra en el fundamento de la partición por los ascendientes.

Desde mi punto de vista, el mantenimiento del instituto es un acierto del nuevo Código Civil y Comercial, pero hay que reconocer que la figura no se compadece ni se conjuga demasiado bien con la supresión de la desheredación como posibilidad en cabeza del causante <sup>(4)</sup>, ni con el retroceso de la autoridad paterna o materna en lo atinente al vínculo y a la relación con sus hijos menores de edad. <sup>(5)</sup>

---

<sup>3</sup> En la nota al art. 3514 del Código Civil, Vélez Sarsfield distingue, con su habitual agudeza, entre el derecho de los padres a “disponer de sus bienes y repartirlos entre sus legatarios”, y el derecho, más específico y trascendente, de “reglar la suerte de las legítimas de sus hijos”.

<sup>4</sup> La doctrina ha criticado con toda razón la desaparición de la desheredación: “A nuestro entender, si se mantiene la regulación de las legítimas, también debería haberse mantenido la desheredación, pues ésta es la única herramienta para sancionar al heredero forzoso que ofendió gravemente al causante por parte del causante mismo, ya que al eliminar dicho instituto, al causante agraviado sólo le quedará la esperanza de contar con la buena voluntad de un coheredero que decida plantear una acción de indignidad”. (Rivera, Julio César y Medina, Graciela, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Tomo VI, pág. 23, La Ley, 1ª edición) La crítica es razonable pues el art. 2283 del Código Civil y Comercial le reconoce la acción de indignidad a “quien pretende los derechos atribuidos al indigno”. Si el heredero que ha ofendido al causante es único hijo, por ejemplo, y el causante no ha instituido herederos testamentarios, sólo podría desplazarlo el Fisco, lo que es muy discutible e impensable en la práctica.

<sup>5</sup> Es curioso que el Código Civil y Comercial continúe valorando la autoridad de los padres al tiempo de realizar la partición entre sus descendientes mayores o menores y que, en cambio, reduzca el peso específico de la

Con motivo de la partición por el ascendiente, la voluntad preferente o ilustrada del padre o de la madre conserva la vigencia y la virtualidad que ha perdido en otros escenarios o en otras situaciones reguladas en el nuevo Código Civil y Comercial.

### 3. La partición por los ascendientes y el derecho a pedir la atribución preferencial de algún bien

Los arts. 2380 y 2381 del Código Civil y Comercial contemplan algunas situaciones en las que el cónyuge sobreviviente o alguno de los herederos pueden reclamar la atribución preferencial de algún bien en la partición.

La figura, -que no existía en el Código Civil-, se refiere a la posibilidad de pedir la atribución preferencial del “establecimiento agrícola, comercial, industrial, artesanal o de servicios” en cuya formación participó el peticionante, o la del inmueble en el que el cónyuge o el heredero habitaban al tiempo de la muerte, o la del local en el que el heredero ejercía su actividad profesional o comercial, o la de las herramientas o cosas muebles afectadas a una explotación rural en calidad de arrendamiento o aparcería.

El punto es determinar si las hipótesis de adjudicación preferencial que ahora contempla el nuevo Código Civil y Comercial pueden funcionar y predominan frente a la partición que hubieran realizado los ascendientes sin tener en cuenta los supuestos previstos por la ley <sup>(6)</sup>.

Si el padre o la madre practican una partición de los bienes entre sus hijos, no está del todo claro si éstos pueden cuestionarla o contradecirla invocando el derecho a la atribución preferencial de un establecimiento agrícola, comercial, industrial, artesanal o de servicios, de la vivienda, de un local comercial o profesional, o de las cosas muebles utilizadas en la explotación de un bien rural.

La respuesta a este interrogante admite, a mi modo de ver, una distinción esencial.

- a) Como principio general, -o punto de partida-, me inclino a pensar que la partición realizada por los ascendientes es oponible y, en cierto sentido, se impone a la voluntad o a las preferencias de los herederos forzosos.

La partición por los ascendientes está fundada en el derecho de los padres a asegurar el destino de los bienes, evitando los conflictos derivados de la división de la herencia entre los descendientes. La ley presume que los ascendientes tienen un criterio mejor formado acerca de las afinidades y capacidades de sus hijos para poseer unos u otros

---

autoridad de los padres en lo atinente al ejercicio de la responsabilidad parental sobre los hijos menores. Sobre este último aspecto, pueden consultarse los capítulos I, III y XII de “Responsabilidad parental y alimentos en favor de los hijos” que escribí en conjunto con Esteban M. Mazzinghi y que publicó este año la editorial El Derecho.

<sup>6</sup>En la partición por el ascendiente, la voluntad del causante es determinante. Por eso pienso que, ante una partición efectuada por el padre o por la madre, los herederos no tendrían el derecho a licitar que regula el art. 2372 del Código Civil y Comercial para el supuesto de una partición judicial.

bienes.

Si los padres deciden concretar la partición, -a través de la donación de sus bienes, o a través de un testamento-, los descendientes y, eventualmente, el cónyuge supérstite respecto de los bienes propios del causante, no tienen derecho a requerir una atribución preferencial distinta, fundada en una situación de hecho anterior a la donación o a la fecha en que se redactó el testamento. <sup>(7)</sup>

Pensemos, por ejemplo, en el padre que realiza una partición atribuyéndole el establecimiento industrial o agrícola a uno de sus hijos que no es el que contribuyó a formarlo ni el que, por caso, está al frente de su gestión. Esta decisión paterna inhibe, en principio, la posibilidad de que este último invoque la atribución preferencial del art. 2380 del Código Civil y Comercial. Pensemos en la madre que vive con una de sus hijas en el inmueble que fue asiento de la vivienda familiar, y que realiza una partición disponiendo que el inmueble se atribuya en condominio a favor de varios de sus hijos, -incluyendo o excluyendo a la que lo ocupaba ó que se lo adjudique a una hija distinta a la que vive en el inmueble, o establece en el testamento que se venda para distribuir su precio conforme al mecanismo indicado en la partición.

En estos casos, -y en muchos otros que pueden imaginarse-, la partición realizada por los ascendientes -ya sea por donación o por testamento- se impone y predomina sobre los supuestos legales de atribución preferencial.

- b) La situación puede llegar a variar sustancialmente si los hechos que conforman y dan sustento a los supuestos de atribución preferencial se configuran con posterioridad a la fecha en la que el ascendiente estructura la partición.

Si el padre, por caso, realiza una partición testamentaria atribuyéndole el local a uno de sus hijos, y, con posterioridad, otro de sus hijos comienza a ejercer su actividad en el local comercial, explotando el negocio familiar, no está tan claro que la partición le impida a este último invocar la atribución preferencial sobre el inmueble en donde está instalado el negocio cuya gestión ejerce.

Algo similar podría ocurrir con el conjunto de maquinarias y herramientas afectadas a la explotación rural. El padre puede haber realizado una partición atribuyéndolas en conjunto y en partes iguales a todos sus hijos. Si, con posterioridad al dictado del testamento que incluye la partición, uno de sus hijos comienza a utilizar las maquinarias y las herramientas en la explotación de otros campos que arrienda o

---

<sup>7</sup> El predominio de la voluntad testamentaria sobre los supuestos de atribución preferencial fue reconocido en el derecho francés: "Les dispositions de l'art. 832 ne réglementent qu'une modalit  du partage et ne peuvent trouver application lorsque, par son testament, le de cujus a attribué l'exploitation agricole dont il était propriétaire a un héritier autre que celui qui reunissait les conditions fixées pour l'attribution préférentielle d'une telle exploitation" (Code Civil 101 edition, Dalloz, n  33, pág. 728, año 2002)

trabaja como aparcero, parece injusto negarle la posibilidad de reclamar la atribución exclusiva de los tractores y útiles de labranza que conforman un negocio en marcha.

En estas hipótesis, los hechos que explican y dan fundamento a la atribución preferencial se configuran o terminan de configurarse con posterioridad a la formalización de la partición testamentaria, y pueden justificar su modificación y hasta su neutralización para dar lugar al juego de los mecanismos previstos en la ley.

Si el ascendiente había realizado la partición a través de la donación de los bienes, la posibilidad de alterarla por la aplicación de alguno de los supuestos legales de atribución preferencial aparece como más difícil, pues los donatarios ya han recibido la posesión de los bienes, y la reformulación podría generar problemas en cuanto a los frutos y a los derechos de los terceros.

Si, en cambio, la partición consta en un testamento redactado antes de que se configuraran las situaciones que dan lugar a la atribución preferencial, está más claro que éstas pueden predominar sobre la partición realizada por los ascendientes.